

O Acordo de Leniência no combate à corrupção¹

Moises Maciel

Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas de Mato Grosso. Graduado em Ciências Contábeis pela UFRJ e em Direito pela FDCI. Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito e, atualmente, doutorando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito. *E-mail:* doutoradomm@gmail.com.

Resumo: Considerado uma importante ferramenta no combate à corrupção, o Acordo de Leniência, nos moldes da lei brasileira, vem enfrentando uma série de críticas que o consideram imoral e antiético, sob a afirmativa de que os fins não justificam os meios. No entanto, seus resultados têm sido relevantemente positivos e sua eficácia só não tem sido maior por questões de segurança jurídica, que analisaremos brevemente no presente estudo, que também tem como objetivo apontar caminhos para torná-lo um instrumento ainda mais eficiente na luta contra a corrupção, tendo como premissa maior resguardar o

interesse público na construção de uma sociedade baseada nos valores da justiça.

Palavras-chave: Acordo. Corrupção. Leniência. Ministério Público. Tribunal de Contas.

Sumário: Introdução – Noções gerais – O Programa de Leniência na Lei Anticorrupção brasileira – O papel do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União – O Acordo de Leniência nos governos federal e estadual – O Acordo de Leniência no mundo – breve análise comparativa – Considerações finais – Referências

Introdução

A luta contra a corrupção não é algo novo e, tampouco, demonstra estar perto do fim, trata-se de um fenômeno tão complexo quanto a sociedade na qual se encontra inserida. Com suas constantes nuances e transformações, os órgãos de controle, a administração pública e a justiça precisam somar esforços e ficarem atentos aos instrumentos que têm em mãos e, um destes, tão polêmico quanto a própria corrupção, mas que tem demonstrado sua força e eficácia, na prática, é o Acordo de Leniência.

Para alguns uma apologia à traição, para outros uma poderosa ferramenta no combate à corrupção, o presente estudo busca analisar a origem deste instituto, sua finalidade, aplicações e, por que não, as críticas enfrentadas com vistas a compreender o seu escopo e estabelecer um posicionamento acerca de sua efetividade no combate à corrupção. Para tanto, focaremos nossa análise nos órgãos responsáveis pelo acordo e as críticas referentes a isso, bem como nos efeitos deste acordo, principalmente no que concerne ao impacto causado no mercado econômico mundial, sob a ótica do princípio da função social da empresa.

¹ Artigo apresentado oralmente no IV Seminário Hispano Brasileiro: Compliance y Corrupción - UNIALFA-FADISP, realizado na Universidade de Salamanca (Espanha) de 12 a 13 de dezembro de 2019.

Noções gerais

1. Delimitações conceituais

Originária do latim *Lenientia*, a palavra leniência significa “suave, agradável ou manso”. Indicando, dentre outras coisas, brandura. Neste sentido, o Acordo de Leniência é um tipo de ajuste que possibilita, ao infrator, participação ativa da investigação, com o intuito de prevenir ou restaurar um dano por ele cometido recebendo, em troca, determinados benefícios (ANTONIK, 2016, p. 53).

Trata-se de um acordo para colaboração com investigações por meio do qual o acordante se dispõe a cooperar, a fim de corrigir ou restaurar consequências ilícitas decorrentes de seus atos, auxiliando na busca pela captura de criminosos e na solução do ilícito, recebendo, como contrapartida pelo acordo, benefícios (daí o “complacência ou condescendência”) a serem aplicados em sua sanção, conforme determinação expressa em lei (Lei nº 12.529/11). Um acordo de natureza administrativa, celebrado entre entes estatais e infratores confessos, permitindo que o infrator colabore nas investigações do processo administrativo, em troca de benefícios que poderão ir da extinção da ação punitiva à redução das penalidades aplicadas pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

Nesta senda, o Acordo de Leniência funciona como uma espécie de acerto, por meio do qual as empresas signatárias se comprometem a interromper as práticas irregulares, admitindo sua participação e cooperando com as demais investigações realizadas por meio das informações necessárias, com o escopo de aumentar a eficiência no combate e na prevenção de ilícitos contra a Administração Pública, no Brasil e no mundo, além de melhorar os indicadores de recuperação de ativos, permitindo que o Estado descubra e processe as infrações cometidas de maneira mais eficiente. Por outro lado, possibilita que os entes privados tenham a oportunidade de mitigar eventuais danos por meio de uma alternativa de resolução célere para situações críticas, que a todos interessa.

Nas palavras de Nicolao Dino (subprocurador-geral da República), o Acordo de Leniência é um instrumento de defesa de quem é investigado em atos de corrupção e, ao mesmo tempo, uma técnica especial de investigação, da qual o Estado se utiliza para aprofundar uma linha investigativa, com o objetivo de alcançar todas as questões no contexto de uma investigação criminosa (COELHO; POMPEU, 2018).

Inicialmente seu escopo consistia, exclusivamente, na proteção à liberdade de concorrência e, portanto, a infrações de natureza econômica, integrando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – art. 86 da Lei nº 12.529/2011). Todavia, com a publicação da lei nº 12.846 de 01 de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção Brasileira), passou a abranger também infrações cometidas contra a Administração Pública Federal, que determinou, para tais casos, a competência da Controladoria-Geral da União (CGU) no âmbito do Poder Executivo Federal (art. 16, §10 da Lei nº 12.846/13).

Dessa forma, portanto, a Controladoria-Geral da União (CGU) é o órgão responsável pela celebração de acordos de leniência, no âmbito do Poder Executivo Federal, ao lado do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), no entanto, a Lei Anticorrupção brasileira deixa claro que tais acordos poderão ser propostos pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública.

Através do Acordo de Leniência as autoridades públicas conseguem ter acesso a documentos que comprovam a materialidade e a identificação dos demais envolvidos nos delitos, algo que dificilmente seria conseguido por meio de uma instrução pelas vias ordinárias.

2. Escorço histórico

Incorporado ao Direito brasileiro através da Lei nº 10.149 de 21 de dezembro de 2000 (proveniente da Medida Provisória nº 2055-4), o Acordo de Leniência poderia ser celebrado entre a Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pessoas físicas ou jurídicas que tivessem sido autoras ou participado de crimes contra a ordem econômica.

Sua origem remonta ao direito estadunidense, com a divisão antitruste do seu departamento de justiça, na década de 70 (1978), e possui, como justificativa, o intento de ser um importante instrumento inibitório para a prática de infrações contra a ordem econômica, protegendo a liberdade de concorrência e a ordem econômica mundial, razão pela qual o Departamento de Justiça norte-americano publicou, em 1999, memorandos estabelecendo diretrizes acerca da propositura de ações de natureza penal contra as pessoas jurídicas, e, dentre os fatores levados em consideração, está a comunicação da conduta ilícita às autoridades, ocorrida de forma voluntária e célere, além da efetiva cooperação na investigação (AYRES; MAEDA, 2015, p. 241).

No plano internacional o instituto da leniência tem sido amplamente utilizado, principalmente após a década de 1970. Já no Brasil ganha vigor em 2000, a partir da Lei nº 10.149/2000, com aplicabilidade nas infrações de caráter econômico e concorrencial (PETRELLUZZI; JUNIOR RIZEK, 2014), alterando a lei de Defesa à Concorrência (nº 8.884/94), posteriormente revogada pela Lei nº 12.529/2011.

Em 2002, o Brasil deu um importante passo ao ratificar a Convenção Interamericana contra a Corrupção, pelo Decreto nº 4.410/2002 e, pouco depois, em 2006, ao se filiar à Convenção das Nações Unidas contra a corrupção (com conteúdo incorporado pelo Decreto nº 5.567/2006), com temas que demonstraram maior comprometimento do Brasil, no cenário internacional, na busca por adoção de medidas mais duras para sanção de pessoas jurídicas que praticam atos lesivos, de maneira a se adequar a outros países neste sentido.²

Praticamente no “apagar das luzes”, em 18 de dezembro de 2015, foi publicada a Medida Provisória nº 703, alterando a Lei nº 12.846 de 2013, especificamente no que se refere ao Acordo de Leniência, partindo do pressuposto de que uma sanção não seria a única maneira de atender o interesse público, principalmente frente ao princípio da função social da empresa, além da concepção de que uma solução consensual é capaz de atender o clamor social de forma mais célere e eficaz do que a litigiosa.

As normas da MP nº 703/2015 buscavam facilitar o Acordo de Leniência, possibilitando que a empresa infratora continuasse suas atividades em uma nova concepção, basicamente utilitarista, por meio da qual o infrator repara os danos causados, colabora com as investigações e, em contrapartida, consegue uma redução ou, até mesmo, a extinção das penalidades administrativas que, a ele, poderiam ser atribuídas. E dentre as penalidades destacamos: a priorização da empresa que primeiro assinasse o Acordo de Leniência; a exigência da empresa acordante à manifestação expressa de sua participação no ilícito (admitindo, assim, sua culpa); a possibilidade de isenção das sanções que restringiam o direito da empresa de participar das licitações e de celebrar contratos com a Administração Pública, por falta de idoneidade em decorrência da infração praticada (apesar da colaboração na investigação); a possibilidade de que o Acordo de Leniência, firmado, impedisse a propositura ou, então, o prosseguimento de ações cíveis (sem falar nas previstas no art. 19 da Lei Anticorrupção e na Lei nº 8.429/92), além de impedir a incidência das sanções previstas na Lei nº 12.529/2011, que pune as infrações contra a ordem econômica e, ainda, a revogação do §1º do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, que

² Artigo 26 - Responsabilidade das pessoas jurídicas: 1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

possibilitava a transação nas demais espécies de improbidade administrativa, além das previstas no §4º do artigo 35 da Lei nº 13.140 de 2015.

Em parecer publicado no dia 27 de fevereiro de 2016, na *Revista dos Tribunais*, Ives Gandra explicou que a MP nº 703/2015 trouxe uma flexibilização do poder punitivo, que passou a dar maior relevância ao interesse público e exemplificou com a experiência que envolveu a multinacional Siemens, que, ao invés de ser condenada ao pagamento de pesadas sanções (que poderiam levar ao encerramento de suas atividades e a consequente perda de milhares de empregos), auxiliou as autoridades americanas e alemãs na investigação e apuração dos desvios nos diversos países envolvidos e se comprometeu a estabelecer uma melhoria na governança corporativa, sem a necessidade de interromper suas atividades. Neste sentido, o autor entende que a MP trouxe a necessária segurança jurídica para os efeitos gerados pela celebração dos acordos de leniência, e considerou que a função social da empresa transcende a importância de seus detentores, merecendo tratamento especial por parte do Estado e seguindo o raciocínio apresentado.

Ato contínuo afirmou, o autor supracitado, que a participação de todas as autoridades responsáveis pela apuração e defesa do interesse público (Advocacia-Geral da União, o Ministério Público, os órgãos fiscalizadores, Tribunais de Contas, etc.) auxiliam no fortalecimento do programa, posto que reforçam o princípio da segurança jurídica, um dos cinco princípios basilares da Constituição Federal. E complementou, afirmando que não há que se falar em incompatibilidades de legislações a respeito, se as autoridades acusatórias concordarem em abranger, nos acordos de leniência, mecanismos legais próprios da legislação de delação premiada, ampliando, assim, o alcance desses acordos bem como seus efeitos. Em maio de 2016, contudo, a MP nº 703 perdeu sua vigência.

Pouco mais à frente, em novembro do mesmo ano, uma força-tarefa liderada pelo Ministério Público Federal, na investigação da Operação Lava Jato, confirmou a celebração do maior acordo até então firmado: o Acordo de Leniência com a empreiteira Odebrecht, que se comprometeu a pagar uma multa de R\$ 8,5 bilhões de reais para a suspensão das ações que a envolvem, bem como uma das empresas de seu grupo: a Braskem. No mês subsequente, outro grande acordo, agora entre o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) e a Rolls-Royce, com o compromisso de confissão dos ilícitos, colaboração com as investigações e ressarcimento dos prejuízos ao erário, obtendo, em contrapartida, a permissão para continuar a participar de licitações e a firmar contratos com o poder público.

Em 21 de maio de 2018, a CGU publicou a Instrução Normativa nº 002/2018 aprovando a metodologia de cálculo da multa administrativa, disposta na Lei Anticorrupção Brasileira e aplicada pelo órgão de controle, nos acordos firmados, com vistas a uniformizar os procedimentos seguidos pelas comissões de negociação (formadas por membros da AGU e CGU) e, ainda, de dar maior transparência ao método utilizado para a aplicação das multas por atos ilícitos, conforme critérios previstos no Decreto nº 8.420 de 2015.

3. As influências da *Teoria dos Jogos* e do *Dilema do prisioneiro*

O Programa de Leniência, como vimos, não se trata de inovação trazida pela Lei Anticorrupção, posto que já era utilizado há tempos. Sua utilização, contudo, se restringia à proteção ao mercado econômico, de maneira que a novidade trazida pela Lei Anticorrupção reside na finalidade do uso do programa de leniência, voltado, agora, para o combate à corrupção, utilizando a clássica “teoria dos jogos” e o “dilema do prisioneiro”, que consiste em explorar a desconfiança natural entre os membros que praticam determinado ilícito, despertando a instabilidade inerente entre eles.

A teoria dos jogos, notória entre as décadas de 1940 e 1950, estuda situações estratégicas por meio das quais jogadores tomam as devidas decisões a fim de melhorar sua tática de jogo, enquanto que o chamado “dilema do prisioneiro” se trata de um dos exemplos da aplicação desta teoria, por meio da qual se comprova que, pra obter vantagens pra si e melhorar a sua situação, os indivíduos são capazes de delatar seus companheiros (MARTINEZ, 2014). Algo

como um “estado de necessidade” adaptado, já que existiriam outras opções disponíveis, ao menos em tese.

Importante salientar que a instabilidade gerada pela possibilidade de Acordo de Leniência, dentro da organização, é potencializada por uma regra conhecida como *first serve, first come*, ou seja, só é beneficiado com o Acordo de Leniência o que “primeiro delatar”, razão pela qual o programa gera uma espécie de corrida pelo primeiro acordo, a fim de proporcionar uma “mudança de lado” por parte do infrator.

4. Acordo de Leniência e Delação Premiada – Distinções

Apesar de consistirem, ambos, em acordos estabelecidos entre infratores legais e os órgãos responsáveis pela investigação, onde os investigados se comprometem em auxiliar na investigação dos atos em que tiveram a participação, em troca de benefícios concedidos, não se trata do mesmo instituto e a principal diferença entre eles reside na sua concessão, ou seja, enquanto o Acordo de Leniência é firmado por órgãos administrativos do Poder Executivo (CADE, SDE), a delação premiada é celebrada pelo Poder Judiciário, em parceria com o Ministério Público.

A delação premiada existe no âmbito criminal e beneficia, especificamente, a pessoa física, diferentemente do que ocorre no Acordo de Leniência, em que o beneficiado é a pessoa jurídica no âmbito administrativo.

Há quem entenda se tratar de uma “espécie de delação premiada” (MARTINEZ, 2014, p. 91), ou seja, uma hipótese em que é oferecida a leniência ou condescendência, diante da colaboração do infrator com relação à apuração da infração em questão.

De qualquer modo, há uma grande semelhança entre o Acordo de Leniência (previsto no Direito Administrativo) e a Colaboração ou Delação Premiada (prevista no Direito Penal), posto que ambos buscam aumentar a eficiência das investigações dos ilícitos que, em decorrência de sua complexidade, dificilmente seriam desvendados pelo poder público sem o devido auxílio.

Conforme disposto no artigo 16, §1º da Lei anticorrupção brasileira, os requisitos que precisam ser observados, de maneira cumulativa, para a celebração de um Acordo de Leniência consistem no fato de que a pessoa jurídica deve ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; deve, ainda, cessar completamente seu envolvimento na infração investigada, a partir da data de propositura do acordo e, por fim, deve admitir a sua participação no ato ilícito, cooperando de maneira plena e permanente com as investigações e o processo administrativo, além de comparecer, sob suas expensas e sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até o seu encerramento.

Ou seja, para fechar um Acordo de Leniência é necessário que a pessoa jurídica, de maneira consciente e voluntária, tome a iniciativa perante a administração pública, assumindo a responsabilidade por seus atos e colocando, desde então, um ponto final em tais práticas.

No que concerne aos benefícios concedidos, englobam redução de multas e isenções com relação às sanções de publicação da sentença e de proibição de contratação com a Administração Pública, dependendo de cada caso concreto.

A legislação brasileira ainda prevê que os efeitos do Acordo de Leniência devem ser estendidos às pessoas jurídicas que compõem o mesmo grupo econômico e que, em virtude disso, firmaram o acordo em conjunto.

Importante salientar que a reparação do dano causado à Administração Pública se mantém de maneira integral.

O Programa de Leniência na Lei Anticorrupção brasileira

A Lei Anticorrupção brasileira surgiu mediante inspiração no FCPA (*Foreign Corruption Practice Act*) dos Estados Unidos e o BA (*Bribery Act*) da Grã-Bretanha, geradas como resultado

da Cooperação Internacional diante das práticas corruptas que sofreram um considerável aumento por volta da década de 1990, e culminaram com diversos instrumentos de combate internacionais, tais como a Convenção Interamericana contra a Corrupção de 1996 – Convenção da OEA; a Convenção da OCDE sobre o Combate ao Suborno de Oficiais Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, de 1997; a Convenção Penal e a Convenção Civil, ambas do Conselho Europeu, contra a Corrupção, de 1999 e a Convenção da ONU contra a corrupção, de 2003. Instrumentos estes que, apesar das peculiaridades, refletem a preocupação mundial a respeito da necessidade de repressão a atos de corrupção. O FCPA nos EUA, por exemplo, foi promulgado em 1977 com o escopo de criminalizar a prática de suborno realizada pelas companhias norte-americanas a funcionários públicos estrangeiros e continua sendo, hoje, um importante marco na luta contra a corrupção mundial.

A *Bribery Act* inglesa, por sua vez, surgiu em 2010 e tem sido considerada a legislação mais severa do mundo em matéria de combate à corrupção.

É importante reiterar que a legislação brasileira concede à Controladoria-Geral da União (CGU) a competência exclusiva (no Poder Executivo Federal) para a celebração de acordos de leniência com empresas que estejam sendo investigadas por prática de atos lesivos contra a Administração Pública (art. 16, §10 da Lei nº 12.846/13) e traz, em seu bojo, sanções de natureza administrativa (multas e publicação da sentença condenatória) e civil (dependentes de ação civil pública) para os que praticarem atos de corrupção previstos em seu artigo 5º.

Todavia, o regime de leniência no direito brasileiro possui, ainda, alguns problemas a serem considerados, posto que não existe uma definição clara do papel da pessoa física e não existe qualquer previsão de benefícios mínimos para o colaborador e não há menção de benefícios penais (sequer há distinção entre os benefícios – se prévio ou concomitante). Com relação à multa, observa-se que o legislador não definiu o limite mínimo de redução da multa, apenas o máximo. A proposta do Acordo de Leniência, então, poderia não reduzir em nada o valor da referida penalidade, ou algo próximo disso, de maneira a tornar o acordo pouco atrativo (HEINEN, 2015).

Em 11 de julho de 2017, o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle (CGU) e a Advocacia-Geral da União (AGU) anunciou um Acordo de Leniência com a UTC Engenharia – o segundo celebrado em consonância com o disposto na Lei Anticorrupção Brasileira (nº 12.846/13) e o único vigente no Brasil que foi firmado por um órgão de controle interno (VERISSÍMO, 2017).

Algumas críticas ainda são apontadas no que concerne ao acordo previsto na lei, tais como o fato de que a repressão a ilícitos relacionados à corrupção é regida não apenas pela Lei Anticorrupção, como, ainda, pela Lei de Improbidade Administrativa, a Lei de Licitações e outras e, além disso, é aplicada por uma multiplicidade de órgãos, tais como CGU, Ministérios Públicos, AGU, Tribunais de Contas etc. Isso gera uma insegurança, segundo os críticos, para as empresas, com relação ao cumprimento efetivo de tais acordos. Fatos que acabam por restringir os acordos celebrados a situações em que as empresas envolvidas possuem um grau elevado de certeza de sua punição. Cita-se, como exemplo, o fato de que a maioria dos acordos celebrados têm se dado perante o Ministério Público Federal, individualmente, na esfera criminal dos executivos das companhias celebrantes.

O papel do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União

A Lei Anticorrupção expressa que a competência para celebrar acordos de leniência, conforme já explanado, pertence à CGU, no âmbito do Poder Executivo Federal (art. 16, §10º), no entanto, em casos como os da Lava Jato, por exemplo, em que o agente corrompido é o próprio governo federal, tudo se torna uma grande confusão, e esse é apenas um dos motivos pelos quais muitos defendem a competência do Ministério Público para a celebração dessa

espécie de acordo, sem falar da autonomia e da independência deste órgão, bem como de suas prerrogativas de investigação.

A questão é que, apesar da Lei Anticorrupção não vislumbrar a competência do Ministério Público (inclusive o Ministério Público de Contas) e do TCU, tal competência encontra guarida no texto legal da própria Carta Magna (artigos 129 e 70 respectivamente) e, além disso, rezam as regras de hermenêutica que o silêncio da lei ordinária (no caso da Lei nº 12.846/2013) não autoriza uma interpretação restritiva, de maneira a afastar a competência do Ministério Público para a celebração desses acordos, no âmbito judicial e, tampouco, do MP de Contas e do Tribunal de Contas da União, na seara administrativa.

E aqui cabe, inclusive, uma importante observação, posto que os acordos de leniência, pactuados pelo Ministério Público, possuem garantia de imunidade de suas cláusulas, com relação a uma apreciação administrativa por parte do Tribunal de Contas da União, por se tratarem da expressão da atividade-fim do Ministério Público, de tal maneira que só poderão ser apreciados via judicial, o que não ocorre com os acordos celebrados pela CGU, que possuem natureza administrativa e, como tais, estão total e integralmente sujeitos à análise e ao controle do Tribunal de Contas da União.

O ideal, porém, são acordos que possam produzir amplos efeitos, reabilitando totalmente a empresa leniente, mantendo sua capacidade econômica, de livre concorrência e sua saúde financeira (ao menos até certo ponto). Para tanto se faz uma atuação conjunta e colaborativa, mediante a cooperação plena e permanente entre os órgãos responsáveis pela investigação.

Muitas são as divergências e discordâncias a esse respeito, todavia, um núcleo inegociável deve ser reconhecido no que concerne aos acordos de leniência: o dever de reparação do dano causado, o dever de colaborar com as investigações, o dever de cessar de imediato com as condutas ilícitas e, por fim, a reabilitação da empresa para exercer a sua função social de maneira íntegra, gerando empregos e riqueza.

Não é demais, aqui, salientar que a aprovação, por parte do Tribunal de Contas da União, das etapas do Acordo de Leniência, constitui etapa crucial e necessária para a eficácia dos demais atos a serem praticados, conforme determina o art. 3º da Instrução Normativa nº 74/2015, sem falar no Acórdão nº 824/2015 (BRASIL, 2015).

Importa ressaltar, também, que a Instrução Normativa nº 83/2018 (que revogou a IN supramencionada) ratifica o reconhecimento da competência do TCU para fiscalização desses acordos, apesar de não se tratar de um posicionamento pacífico, razão pela qual a novel Instrução Normativa expressa que as autoridades que celebrarem Acordos de Leniência devem informar ao Tribunal de Contas da União acerca da instauração de procedimento administrativo para a celebração do acordo, bem como para a reparação do dano que, ao nosso entendimento, deverá ter sua apuração suspensa, aguardando o cumprimento integral da avença.

Entendimentos divergentes defendem a ideia de que não cabe a fiscalização dos Tribunais de Contas nos acordos de leniência, por se tratar de contrato e não um ato jurídico administrativo, não sendo apto a gerar prejuízo ao erário posto não consistir em um fato gerador do dever de prestar contas. Aduzem, ainda, que o Tribunal de Contas não está apto a influenciar atos de controle interno dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e que a inclusão de mais um ator na celebração destes acordos poderia ser prejudicial, não só para a segurança jurídica, como para a previsibilidade do instituto (ATAHYDE, 2019, p. 255-258) e, por fim, defendem que caso o judiciário entenda ser obrigatória a participação do Tribunal de Contas, o mais acertado seria que este exercesse um controle *a posteriori* (não concomitante) e circunscrito à questão de danos ao erário.

Não compartilhamos do entendimento ora exposto, pois, consoante os ensinamentos de Benjamin Zymler e Sérgio Maia Alves (2018), inferimos que o controle a ser realizado, pelo

Tribunal de Contas, nos acordos de leniência, consiste em um controle formal, que respeita a discricionariedade da CGU e que não ingressa no mérito acerca da conveniência e/ou oportunidade da assinatura do documento pactuado e, como regra balizadora da atuação dessas Cortes de Contas, temos, de início, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015) que, por maioria, entendeu que o juízo de homologação da avença não poderá rever ou se imiscuir nos termos do acordo celebrado entre as partes, de modo que o controle dos Tribunais de Contas encontra-se restrito aos aspectos da legalidade e regularidade, devendo, neste caso, certificar a efetiva colaboração da empresa que pleiteia o acordo, a presença dos requisitos legais (Art. 16, §1º da Lei nº 12.846/2013) e a ausência de eventual prejuízo das investigações em outras esferas de atuação.

De qualquer forma, o fornecimento de informações do TCU, relativos a débitos em apuração e que guardem conexão com fatos apresentados nos Acordos de Leniência, são poderosos instrumentos a fim de prover a CGU das informações necessárias para a análise e celebração dessa espécie de negociação.

O Acordo de Leniência nos governos federal e estadual

Conforme dados disponibilizados no site da CGU até julho de 2019 a Controladoria-Geral da União, em conjunto com a Advocacia-Geral da União (AGU), assinou nove acordos de leniência com empresas investigadas por práticas de atos lesivos (previstos na Lei nº 12.846/2013), como também por ilícitos administrativos previstos na lei de licitações (nº 8.666/93), sendo parte delas no âmbito da Operação Lava Jato, e os valores a serem ressarcidos se referem a pagamento de multa, dano e enriquecimento ilícito, de maneira que o retorno aos cofres públicos totalizou o valor de R\$ 11,15 bilhões.

A CGU está padronizando formulários para entrega de informações e fez o mesmo com relação ao cálculo de multas. O conhecimento acumulado e a prática têm gerado importantes avanços na efetivação de acordos, na prática.

Nosso modelo de combate à corrupção sofreu fortes influências de modelos repressivos com uma regulação minuciosa no que concerne à relação Estado/Empresa. Uma regulação que não é observada, em regra, nas vias de fato, de maneira que os agentes não possuem mais um parâmetro de comportamento a ser adotado. É preciso racionalizar a relação entre o Estado e a sociedade.

No âmbito estadual, consoante o disposto em lei, a competência para a realização de Acordo de Leniência pertence à CGE, ao Ministério Público e à Procuradoria-Geral do Estado, com relação à prática de ato lesivos previstos na Lei Anticorrupção (nº 12.846/2013), bem como a ilícitos administrativos previstos na Lei de licitações e contratos (nº 8.666/1993).

Atualmente, 180 empresas respondem a processos administrativos na Controladoria-Geral do Estado de Mato Grosso, em virtude de infrações à Lei Anticorrupção e cuja principal frente de trabalho,³ hoje, consiste nos processos contra pessoas jurídicas. Como resultado desta atuação, nos últimos dois anos, cerca de R\$ 900 milhões (incluídos ressarcimentos e multas) foram devolvidos aos cofres públicos, por empresas envolvidas com atos de corrupção, através de celebração de acordos de leniência, em parceria com a Procuradoria-Geral do Estado e o Ministério Público Estadual.⁴

O Estado de Mato Grosso foi um dos primeiros a instituir, através da Lei nº 10.691 de 2018, um Programa de Integridade Pública, com a participação voluntária dos órgãos.

³ Fala proferida no Simpósio Gestão de Integridade e Compliance – realizado nos dias 02 e 03 de julho na Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT), pelo Controlador-geral do Estado, Emerson Hideki Hayashida.

⁴ *Ibidem*.

O Acordo de Leniência no mundo – breve análise comparativa

Praticamente todos os países com uma legislação que protege o direito de concorrência possuem um programa de leniência. Em Portugal esse programa se chama Programa de Clemência e na Itália é conhecido por *Programma di Clemenza*.

Nos EUA, onde tudo começou, o Acordo de Leniência sofreu transformações a partir de 1993, com relação aos requisitos necessários para a concessão do acordo, passando de um critério subjetivo, por meio do qual o Departamento de Justiça analisaria de maneira discricionária a concessão de benefícios, para um critério mais específico em que, preenchidos os requisitos do programa, se concedia automaticamente a anistia que, por sua vez, alcançaria todos os diretores, executivos e empregados que cooperassem com as investigações. Além disso, foi acrescentada a possibilidade de celebrar acordos de leniência referente a ilícitos outros, diversos dos que eram o objeto da investigação em curso, de maneira que a empresa poderia ser beneficiada caso apresentasse informações, não do ilícito investigado, mas de outra infração qualquer. Tais mudanças acarretaram um aumento considerável de acordos celebrados nos Estados Unidos e, entre 2002 e 2003, os números chegaram a uma média de três acordos por mês (GRIFFIN, 2003) e dos mais de 50 processos que investigavam cartéis internacionais, com atividades espalhadas por todos os continentes, mais da metade foi beneficiada por Acordo de Leniência (SPRATLING, 2004 *apud* RODAS, 2007).

Em 1996 foi a vez da União Europeia adotar o seu próprio programa de leniência (*Lenience Notice*) que, diversamente do formato apresentado pelo norte-americano, adotou uma metodologia de escalonamento de multas, de 50% até 100% de redução, dependendo do momento em que ocorre a colaboração e outros requisitos mais, como não contestar as alegações das quais for vítima, por exemplo (MOREIRA; PEÑALOZA, 2004). De tal maneira que a redução dessas multas ficava a cargo das autoridades europeias, conforme análise do caso concreto.

De 1996 a 2000 foram apreciados, pelas autoridades europeias, 16 casos de cartéis, com aplicação de multas que somaram 2,240 bilhões de euros, no entanto, o resultado não foi visto como satisfatório por parte dos europeus e, devido a isso, em 2002 foi realizada uma revisão do programa, seguindo as diretrizes do programa norte-americano, em busca de diminuir a discricionariedade na redução das multas, aumentando a transparência e a possibilidade de a empresa alcançar uma imunidade plena (SALOMI, 2012). Após essa revisão, a primeira empresa a delatar formação de cartel, quando as autoridades não tivessem acesso a provas suficientes para a punição, receberia total imunidade. Tais alterações tornaram o programa de leniência europeu um pouco mais atraente, tendo em vista que nos seis primeiros anos do programa (antes das alterações) foram apresentados à Comissão 80 propostas de acordo, enquanto entre 2002 e 2006, 167 programas foram apresentados, sendo 87 requisições de imunidade plena e 80 de redução de multa (RODAS, 2007, p. 25).

A título de exemplificação, citamos o acordo firmado com a francesa AVENTIS S/A que, após relatar sua participação no cartel de vitaminas A e E, entre os anos de 1986 e 1999, evitou sua condenação ao pagamento de multas elevadas, enquanto as demais participantes do cartel pagaram multas de 850 milhões de euros.

A Comissão Europeia não possui, contudo, jurisdição com relação às pessoas, no sentido de aplicar-lhes multas ou sanções privativas de liberdade, ficando, estas, a cargo de seus próprios países e essa característica, somada ao fato de que a empresa beneficiada no acordo assume a obrigação de restituir uma soma em dinheiro àqueles que foram prejudicados com a prática ilícita, constituem um fato diferenciador do programa adotado pela União Europeia com relação ao programa norte-americano.

Na Inglaterra, no norte da Irlanda e no País de Gales, os processos são conduzidos, geralmente, pelo *Serious Fraud Office* (Escritório de Fraudes Graves), no entanto, o *Office of Fair*

Trading (Escritório de Comércio Justo) também possui competência para processar e consentir ajuizamento de ações privadas, enquanto que, na Escócia, a competência é do *Lord Advocate* (Senhor Advogado) e a jurisdição dependerá do que se concluir das discussões entre o Escritório do Comércio Justo, o Escritório de Fraudes Graves e o escritório do Senhor Advogado.

As imunidades são classificadas em tipos: A (para o que se candidatar à leniência e for o primeiro a delatar); B (para o primeiro a se candidatar à leniência mas em casos em que já exista uma investigação) e C (para os que, mesmo não sendo os primeiros a se candidatar, tenham informações importantes a respeito da prática ilícita que está sendo investigada. Neste sentido, a motivação para a participação se dá no sentido de que seja o primeiro a querer participar ou, então, caso não seja o primeiro, que apresente provas robustas e de grande relevância para desvendar o esquema de corrupção armado.

Criado em 2001, o programa de leniência francês já era previsto expressamente no Código Comercial, mas veio a ser regulamentado apenas em março de 2009, concedendo anistia total ou redução de sanções pecuniárias, com a condição de que a prática a ser delatada seja inédita para a *Autorité de la concurrence*, ou a redução de até 50% do valor das multas caso a prática já seja conhecida, considerando, como requisitos, a ordem cronológica de qualificação para o programa, o momento em que as provas foram apresentadas e o alcance destas provas sobre os demais participantes do ilícito.

O programa francês, contudo, não garante imunidade penal, todavia, a autoridade da concorrência (caso considere que os fatos justificam o acordo) pode passar o caso para o escritório da promotoria francesa, desde que o indivíduo tenha atuado de maneira pessoal e decisiva na criação, organização ou execução das práticas tipificadas em lei de maneira a justificar a leniência como um dos motivos legítimos para impedir que seja conduzido, ao promotor, um caso no qual indivíduos, ligados à empresa beneficiada pela leniência, estejam sujeitos à responsabilização criminal pela prática de ilícitos.

No Canadá, os acordos de leniência oferecem imunidade criminal ao agente econômico, seja ele pessoa física ou jurídica, desde que colabore com a autoridade, contudo, não se fala em isenções quanto às sanções civis. Aquele que assina um Acordo de Leniência possui, ainda, o compromisso de que o *Competition Bureau* (órgão responsável pelos acordos) não usará as informações e provas obtidas, em decorrência do acordo, contra ele, salvo quando o mesmo descumprir o acordo pactuado, casos em que poderá, inclusive, ser recomendada, de ofício, a revogação da imunidade concedida.

Na Austrália é adotado um procedimento de distribuição de senhas, que determina qual integrante do acordo terá prioridade de inclusão, restando, aos demais, a opção por cooperar com o processo de investigação (administrativa ou judicial) a fim de conseguirem sanções mais leves, além do fato de que, se o delator que obteve prioridade não preencher as condições necessárias, ou perder sua imunidade, a próxima senha é chamada para concessão dos benefícios almejados e a imunidade concedida ao acordante, no início, é condicionada ao cumprimento de determinadas condições (impostas pela Comissão de investigação). A imunidade total só é concedida no final de todo o processo, podendo, ainda, ser revogada se comprovado que o leniente quebrou alguma das regras do acordo. Além disso, o Acordo de Leniência da Austrália prevê que, em se tratando, o leniente, de Pessoa Jurídica, todos os seus diretores, executivos e funcionários (ainda que já tenham se desligado da empresa) estarão aptos a receber imunidade de forma idêntica à da empresa candidata, desde que admitam seu envolvimento e cooperem com as investigações. O mesmo se diz com relação à imunidade penal.

Para os que não conseguem ser incluídos na política de leniência, alguns benefícios são concedidos, com base na discricionariedade de imunização, caso decidam cooperar nas investigações.

Tendo início em 2006, o programa de leniência mexicano era considerado uma espécie de acréscimo à Lei Federal sobre Competição Econômica relativa a cartéis e, antes da introdução do programa, a redução das penas era aplicada, nos casos de cooperação, de forma discricionária pela Comissão Federal para a Competição Econômica. Na versão mexicana, o acordo também significa imunidade total ou parcial de sanções administrativas e criminais e trabalha com o sistema de senhas, que definem a ordem cronológica para a celebração dos acordos, sendo que o que recebe a segunda senha pode obter reduções de até 50%.

Considerações finais

Destarte, não é demais reiterar que o instituto Acordo de Leniência é um instrumento de relevante interesse social já que, mediante e em decorrência dele, a empresa infratora assume o compromisso de reparação financeira do dano causado à ordem pública, além de se comprometer em fazer uso de mecanismos internos de integridade, bem como da aplicação efetiva de um código de ética e conduta.

Algumas críticas perpetradas aos programas de leniência se devem ao fato de que a dinâmica atual não confere, aos signatários do acordo, segurança suficiente, tendo em vista que, no caso brasileiro, ainda não se consegue abarcar todos os órgãos competentes para a apuração dos ilícitos praticados. Além disso, a legislação brasileira (de modo diverso do que se deu em outros países) excluiu do Acordo de Leniência a possibilidade de negociação, a respeito da sanção penal, das pessoas físicas envolvidas, o que pode gerar conflitos entre a empresa e seus gestores, prejudicando a eficácia da avença.

Não se pode olvidar que o Acordo de Leniência consiste em um importante instrumento inserido pelo legislador no combate à corrupção. Não existem dúvidas, também, com relação a sua eficácia na dissolução de crimes complexos. Nessa senda, é preciso analisar a questão da corrupção sem desconsiderar seu impacto socioeconômico e, sob essa ótica, comprovadamente, não é de bom alvitre agir de maneira a obstaculizar a continuidade das atividades econômicas dos setores empresariais envolvidos, de modo a criar empecilhos para sua manutenção, ato que acarreta sérios prejuízos à economia do país e vai de encontro com o princípio da manutenção da empresa, que, por sua vez, decorre do princípio da função social da empresa.

Mitigar os danos e prejuízos causados pela corrupção é necessidade urgente, premente, uma tendência capitalista, mas que deve ser implementada com acuidade e responsabilidade. Não podemos adotar um combate desenfreado, sem pensar nas consequências de curto e de longo prazo. É preciso resguardar a ordem jurídica.

No que concerne à participação dos Tribunais e Ministério Público de Contas, compartilhamos do entendimento de que se trata de questão necessária e primordial para a efetividade destes instrumentos, cabendo ao TCU a fiscalização da regularidade e da legalidade dos mesmos, ou seja, a função do Tribunal de Contas nessa espécie de acordo consistiria no monitoramento dos mesmos, a fim de acompanhar o cumprimento da avença, garantindo, deste modo, maior efetividade. O MPC deve participar necessariamente da assinatura do acordo.

Esse diálogo entre os órgãos de controle possibilitará maior eficácia dos Acordos de leniência, observando um equilíbrio maior entre os benefícios concedidos e obtidos, favorecendo, dessa forma, toda a sociedade.

Assim sendo, o Acordo de Leniência, apesar das inúmeras críticas sofridas no campo da ética, consiste em um poderoso instrumento que deve ser utilizado a partir de uma rede cooperativa, formada pelos órgãos competentes em nome da eficácia, congregando, portanto, órgãos do controle interno, procuradorias, ministério Público Comum e Especial de Contas, Poder Judiciário e Tribunais e Ministério Público de Contas.

Abstract: Considered an important tool in the fight against corruption, the leniency agreement, in accordance with Brazilian law, has been facing a series of criticisms that consider it immoral and unethical, based on the premise that the ends do not justify the means. However, its results have been relevantly positive and its effectiveness had not been greater due to legal security issues, which we will analyze in the present study, also, that it intends

to point out ways to make it an even more efficient instrument in the fight against corruption, taking as its major premise, to safeguard the public interest, in the construction of a society based on the values of justice.

Keywords: Agreement. Corruption. Leniency. Public Ministry. Court of Accounts.

Referências

ANTONIK, Luis Roberto. *Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

ATAHYDE, Amanda. *Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática – CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

AYRES, Carlos Henrique da Silva.; MAEDA, Bruno Carneiro. O Acordo de Leniência como ferramenta de combate à corrupção. In: SOUZA, J. M.; QUEIROZ, R. P. (Org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: JusPodivm, 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 824/2015 – TCU – Plenário 1. *Processo nº TC 003.166/2015-5*. Relator: Ministro Augusto Nardes. Brasília, 2015.

BRASIL. *Guia Prático do CADE*. São Paulo: CIEE, 2007. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/guia_cade_3d_100108.pdf/view>. Acesso em: 10 fev. 2019.

COELHO, Gabriela; POMPEU, Ana. Leniência é ferramenta eficiente para recuperar dinheiro desviado, diz futuro AGU. *Consultor Jurídico*, 27.11.2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-27/preciso-concessoes-acordos-leniencia-futuro-agu>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

GRIFFIN, James M. A summary overview of the antitrust division's criminal enforcement program. The modern leniency program after ten years. *The United States Department of Justice*. 12.08.2003. Disponível em <<https://www.justice.gov/atr/speech/modern-leniency-program-after-ten-years-summary-overview-antitrust-divisions-criminal>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

HAYASHIDA, Emerson Hideki. Discurso. *Simpósio Gestão de Integridade e Compliance*. Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT) de 2 a 3 de julho de 2019.

HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARTINEZ, Ana Paula. Desafio do Acordo de Leniência da Lei nº 12.846/2013. *Revista do Advogado*, n. 125, dez. 2014. Disponível em: <http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20141211162755_desafios-do-acordo-de-leniencia-da-lei-no-12846-2013-revista-do-advogado-amp.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2019.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Acordos de Leniência – evolução do instituto na legislação brasileira – abrangência, legalidade e atualidade da Med. Prov. 703/2015 – Parecer. *Revista dos Tribunais*, v. 967, 2016.

MOREIRA, Eduardo Athayde de Souza; PEÑALOZA, Rodrigo. Programas de leniência, corrupção e o papel da Corregedoria da autoridade antitruste. Brasília: *Anais do XXXII Encontro Nacional de Economia - Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília*, 2004. Disponível em <https://www.academia.edu/20849513/PROGRAMAS_DE_LENIENCIA_CORRUP%C3%87%C3%83O_E_O_PAPEL_DA_CORREGEDORIA_DA_AUTORIDADE_ANTITRUSTE?auto=download>. Acesso em: 10 fev. 2019.

PETRELLUZZI, Marco Vinício; JUNIOR RIZEK, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo, Saraiva, 2014.

RODAS, João Grandino. Acordos de Leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. *Revista dos Tribunais*, n. 862, v. 96, p. 22-33, ago. 2007.

SALOMI, Maíra Beauchamp. *O Acordo de Leniência e seus reflexos penais* (Dissertação). Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. O Atual cenário do Acordo de Leniência em casos de corrupção. *Inteligência Jurídica*. 19.07.2017. Disponível em ><https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/compliance-e-integridade-ij/o-atual-cenario-do-acordo-de-leniencia-em-casos-de-corrupcao>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

ZYMLER, Benjamim; ALVES, Francisco Sérgio Maia. Acordos de Leniência e o papel do TCU. *Interesse Público*, Belo Horizonte: Fórum, ano 20, n. 107, jan.-fev. 2018.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MACIEL, Moises. O Acordo de Leniência no combate à corrupção. *Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 11-22, jul./dez. 2019.
